

Netherlands.

DE GEMEENTEVERORDENING TEGENOVER DE PERSOONLIJKE VRIJHEID EN HET RECHT VAN EIGENDOM.

De gemeenteverordening tegenover de persoonlijke vrijheid en het recht van eigendom.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE LEIDEN,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

Mr. S. J. FOCKEMA ANDREÆ,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID,

VOOR DE FACULTEIT TE VERDEDIGEN

op Vrijdag 6 April 1894, des namiddags ten 3½ ure,

DOOR

PIETER ALBERT VINCENT VAN HARINXMA THOE SLOOTEN,

GEBOREN TE BEETSTERZWAAG.

LEIDEN,
P. SOMERWIL.
1894.

7/23/29

AAN MIJNE OUDERS.

INLEIDING.

De republiek der Vereenigde Nederlanden bezweek in 1795 voor de denkbeelden der Fransche revolutie. Ten einde de beginselen dier revolutie ook in ons land in toepassing te brengen en deze in eene constitutie te belichamen, kwam in 1796 een nationale vergadering te 's Gravenhage bijeen. In deze vergadering stonden 2 partijen scherp tegenover elkander. De eene partij, naar de door haar vooropgezette beginselen Unitarissen genaamd, wilde eene één en ondeelbare republiek en dus alle deelen van het bestuur geheel afhankelijk maken van het opperbestuur. De andere partij, foederalisten genaamd, wilde de eenheid zooveel mogelijk beperken en van het foederatieve stelsel zooveel behouden als met de belangen van de eenheid was overeen te brengen.

De eerste commissie met het ontwerpen eener constitutie belast, had deze in foederalistischen geest ont-

worpen. De artt. 601, 602 en 651 van het plan der constitutie bepaalden: Ieder departementaal bestuur maakt zoodanige statuten, reglementen en ordonnantiën als hetzelve tot de beschikking van politie oeconomie en financiën zijner departementale huishouding zal noodig oordeelen. Deze statuten, reglementen en ordonnantien mogen echter nooit strijdig zijn met, noch inloopen tegen eenige algemeene nationale wetten, orders of reglementen, die voor alle de gedeelten der republiek verbindend zijn. Het gemeentebestuur maakt zoodanige keuren en beschikkingen op de politie en finantien binnen deszelfs jurisdictie als het noodig acht en geeft aan deszelfs jaarlijksche rekeningen zoodanige publiciteit als bij het reglement in art. 643 vermeld zal worden bepaald.

De commissie wilde dus aan de deelen des rijks zelfstandigheid laten. Over haar ontwerp ontstond in de nationale vergadering een hevige strijd. Velen meenden dat de commissie van het beginsel van één en ondeelbaarheid was afgeweken. Men verweet haar, dat door het recht van eigene wetgeving, door haar aan de departementale en gemeentebesturen toegekend, deze weer souverein zouden worden, dat men daardoor de afzonderlijke departementale volkjes liet bestaan en de eenheid verbrak. De foederalistisch gezinde leden bevredigde het ontwerp volkomen; zij meenden dat zelf-

bestuur in de verschillende deelen der republiek volkomen bestaanbaar was met het beginsel der eenheid, dat hieraan niet te kort werd gedaan door het behartigen van bijzondere plaatselijke belangen toe te vertrouwen aan hen, die bij een goede regeling daarvan vooral zijn gebaat. Ook wezen zij er op dat deze zelfstandigheid der deelen de eenheid niet kon deren door de bepaling van art. 602 van 't ontwerp. De foederalisten behaalden in dezen strijd de overwinning, het ontwerp werd door de nationale vergadering goedgekeurd. Nu moest de constitutie nog door het souvereine volk worden bekrachtigd. Door den invloed der Unitarissen verwierpen de grondvergaderingen het hun voorgelegde ontwerp. Een nieuwe nationale vergadering werd nu gekozen om het volk eindelijk een constitutie te geven. De krachten van beide partijen in deze nieuwe vergadering stonden ongeveer gelijk. Veel werd er gepraat maar men kon niet tot een besluit komen, tot eindelijk DAENDELS in 1798 de nationale vergadering van foederalisten zuiverde, met het gevolg dat de aldus veranderde vergadering, die den naam aannam »Constitueerende vergadering representeerende het Bataafsche volk" spoedig een constitutie in streng Unitarischen geest vaststelde, die 23 April 1798 door het volk werd bekrachtigd.

Alle zelfstandigheid van provinciën en gemeenten

werd door deze constitutie opgeheven, die in art. 147 bepaalde: »De departementale en gemeentebesturen zijn administratieve lichamen verantwoordelijk en ondergeschikt aan het uitvoerend bewind." De constitutie beantwoordde niet aan de verwachtingen, die men er van koesterde. Het volk, van oudsher aan zelfstandigheid gewoon, kon de strenge centralisatie niet verdragen.

Meermalen gebeurde het, dat besturen, die op eigen gezag de noodige verordeningen vaststelden, door het vertegenwoordigend lichaam tot hun plicht moesten worden teruggebracht. Algemeen haakte men naar verandering. De tijdsomstandigheden bevorderden dit verlangen en leidden tot de staatsregeling van 1801, die met het in 1798 aangenomen stelsel brak.

Deze constitutie gaf aan gemeenten en departementen een groote mate van zelfstandigheid, grooter dan genoemde lichamen ooit weer sedert dien tijd hebben genoten. De bestuursinrichting der departementen zou bepaald worden door reglementen door een commissie van ingezetenen ontworpen en door het staatsbewind goedgekeurd. De departementale besturen kregen krachtens art. 71 de beschikking over alles wat tot de gewone inwendige politie oeconomie en financien van het departement behoort, en het recht daarover keuren te maken, mits deze niet in strijd waren met de algemeene wetten.

Zelfs het burgerlijk recht was niet geheel aan hun invloed onttrokken, daar zij naar bevind van zaken aan minderjarigen venia aetatis konden verleenen. De gemeenten kregen volgens art. 73 het recht haar bestuur in te richten op zoodanigen voet als door iedere gemeente ter goed of afkeuring aan het departementaal bestuur zou worden voorgedragen, mits gegrond zijnde op het beginsel van volkskeuze en een geregelde afwisseling. Ten aanzien van haar macht bepaalde art. 74: »Iedere gemeente heeft de vrije beschikking over deszelfs huishoudelijke belangen en bestuur en maakt daaromtrent alle vereischte plaatselijke bepalingen."

De artt. 71 en 74 der staatsregeling werden in de departementale reglementen en de reglementen der gemeentebesturen uitgewerkt. Hier vond men nader verklaard wat onder huishoudelijke belangen der gemeenten niet moest worden begrepen, nl. niet die, waarin ook de belangen hetzij van het geheele gemeenebest, hetzij van het departement hetzij zelfs van enkele en bijzondere plaatsen of rechtstreeks of van ter zijde zouden kunnen zijn betrokken. Men nam aan dat de zorg voor de huishoudelijke belangen omvatte de vrije beschikking over alle de gemeentelijke rechten, bezittingen en goederen en bovendien de politie, oeconomie en financien en krachtens art. 82 der staatsregeling v. 1801 ook een deel der justitie.

Deze plaatselijke autonomie werd geheel zonder beperking uitgeoefend zoolang zij zich alleen met de huishoudelijke belangen bezig hield.

Van het in 1798 gehuldigde beginsel van strenge centralisatie was men dus spoedig teruggekomen en in een ander uiterste vervallen.

De staatsregeling v. 1805 bracht ten aanzien der macht der provinciale en gemeentebesturen eenige verandering in de regeling v. 1801. Art. 83 toch dier nieuwe staatsregeling gaf den raadpensionaris het recht de besluiten der departementale besturen te vernietigen, wanneer deze streden met de algemeene wetten of het algemeen belang van het gemeenebest. Ten aanzien der besluiten der gemeentebesturen was de macht van den raadpensionaris niet zoo uitgebreid. Volgens art. 67 behield de gemeente de beschikking over hare huishoudelijke belangen. Alleen bij het opleggen van plaatselijke belastingen was het gemeentebestuur meer gebonden, daar deze niet dan na goedkeuring van het departementaal bestuur mochten worden ingevoerd en door den raadpensionaris konden vernietigd worden, wanneer zij hinderlijk waren aan de middelen van de nationale financien. Der staatsregeling van 1805 was echter geen lang leven toegelegd.

In 1806 verhief Napoleon Holland tot een koninkrijk, en deed dus de noodzakelijkheid geboren worden de

constitutie van 1805 te herzien. Ten aanzien der gemeentebesturen bepaalde art. 63 der nieuwe Grondwet: »De gemeentebesturen zijn bevoegd tot het regelen van hunne huishoudelijke belangen, op den voet en wijze bij de wet bepaald." Deze wet kwam 13 April 1807 tot stand. Zij besnoeide de plaatselijke zelfstandigheid zeer. Volgens genoemde wet werd ieder departement verdeeld in kwartieren, ieder kwartier in gemeenten. Aan het hoofd van ieder departement stond een landdrost, die in ieder kwartier een drost onder zich had. Onder goedkeuring van dien drost was aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid gelaten om keuren te maken de dagelijksche politie betreffende, voor zoo verre de straf een boete van 50 gld. of een driedaagsche gevangenisstraf niet te boven ging. De drost gaf kennis van die keuren aan den landdrost. Alle andere door burgemeester en wethouders ontworpene keuren moesten aan den landdrost worden gezonden, die ze aan den Minister van Binnenlandsche zaken zond om met diens consideratien aan zijne Majesteit te worden aangeboden. De vroedschap nam aan het daarstellen van keuren geen deel. Bovendien werd de wetgevende macht der gemeentebesturen nog beperkt door de invoering van het Crimineel Wetboek voor het koninkrijk Holland en wel door de bepaling van art. 4 van genoemd wetboek, waarbij

alle verordeningen, die straffen of boeten op misdrijven stelden, vervallen verklaard werden. Krachtens art. 6 waren hiervan alleen uitgezonderd die verordeningen de dagelijksche politie of plaatselijke administratie betreffende, waarvan de gestelde straf niet boven de 50 gld. boete of een gevangenisstraf van 3 dagen ging. Zoodanige verordeningen mochten dus nog slechts door de gemeentebesturen worden gemaakt.

De reeds zoo belangrijk besnoeide zelfstandigheid der plaatselijke besturen werd zoo goed als geheel opgeheven, door de inlijving der Nederlanden bij het Fransche keizerrijk door decreet van Napoleon v. Juli 1810.

De Fransche wet, die de bevoegdheid der plaatselijke besturen regelde, van 28 Pluviose van het jaar 8 (17 Febr. 1800), werd ook hier executoir verklaard. Deze wet bepaalde dat aan het hoofd van elk departement zou staan een préfet bijgestaan door een conseil de préfecture en een conseil général de département. Alle macht berustte bij den préfet, de beide conseils waren slechts adviseerende lichamen. De departementen werden verdeeld in arrondissementen, bestuurd door een sous-préfet en een conseil d'arrondissement. Dit college was slechts een adviseerend lichaam. Aan het hoofd der steden en groote dorpen stond een maire met een adjunct, bijgestaan door een uit de geschiktste gemeenteleden gekozen conseil mu-

nicipal als adviseerend lichaam. Zoover de politie niet was geregeld bij de algemeene wetten, werd in de noodige verordeningen voorzien door de arrêtés van den préfet. Deze arrêtés bevatten wel geen strafbepalingen, maar hunne overtreding werd gestraft met de bij de wet bepaalde politiestraffen. De maires moesten den ingezetenen zoo noodig de wetten en de arrêtés van den préfet door herhaalde afkondiging herinneren. Eischte de plaatselijke orde en veiligheid dringend eenige voorziening, dan mochten de maires daarin voorloopig voorzien, mits zij hunne beschikkingen zoo spoedig mogelijk aan het oordeel van den préfet onderwierpen. Lang duurde echter deze toestand niet. Met Napoleon's val brak ook voor ons land het uur der verlossing aan.

In 1814 aanvaardde Willem I als souvereine vorst de regeering onder den waarborg eener constitutie. De Grondwet v. 1814, die spoedig tot stand kwam, herstelde de wetgevende macht der plaatselijke besturen. Art. 94 n. l. bepaalde: »De besturen van Steden, Districten, Heerlijkheden en Dorpen hebben overeenkomstig den inhoud hunner reglementen, de vrije beschikking over hunne huishoudelijke belangen en maken daaromtrent de vereischte plaatselijke bepalingen." Om de eenheid van den staat niet in gevaar te brengen, werd tevens den souvereinen vorst het recht gegeven de besluiten

der plaatselijke besturen wegens strijd met de wet of het algemeen belang te schorsen en te vernietigen. Dezelfde bepaling bleef behouden in de G. W. v. 1815 en werd in 1840 onveranderd gelaten.

Deze onbestemde omschrijving van de macht der plaatselijke besturen zou in de reglementen, die de Grondwet voorschreef, nader worden uitgewerkt. Deze reglementen echter, die in 1815, 1816 en 1819 tot stand kwamen, vergenoegden zich, evenals de. reglementen van 1824 en 1825, de algemeene bewoordingen over te nemen waarin het artikel der Grondwet was vervat. Vandaar voortdurend strijd over de grenzen van de bevoegdheid der plaatselijke besturen. De Fransche geest van centralisatie, die hier te lande diepe wortels geschoten had, verlokte de regeering telkens zich te bemoeien met datgene, wat geheel tot de bevoegdheid der plaatselijke besturen behoorde, en het bleek dat deze evenmin de juiste grenzen hunner wetgevende macht kenden. In stede — schreef THORBECKE in 1847 — van een eenvoudige, heldere, bij de wetgevende macht des rijks of der provincie wel overlegde en behoorlijk afgekondigde regeling, kreeg men een mengelmoes van koninklijke besluiten, ministerieele mededeelingen, dispositien van gedeputeerde staten en gouverneurs-circulaires, een stapel van administratieve recepten zonder eenheid van begrip en beginsel." Wel

werd bij koninklijk besluit van 1831 beloofd, dat aan de plaatselijke besturen de vrije beschikking over hunne huishoudelijke belangen zou worden overgelaten in al de uitgestrektheid, welke de bepalingen der Grondwet toelieten, maar bij deze belofte bleef het.

De voortdurende inbreuk op de plaatselijke zelfstandigheid werd zeer in de hand gewerkt door de gebrekkige samenstelling der reglementen, daar ook daarin een behoorlijke regeling van de uitvoerende en wetgevende macht binnen de gemeente ontbrak. Voortdurend rees de vraag: wie competent was, burgemeester en wethouders of de raad, welke vraag meest ten voordeele van de uitvoerende macht werd beslist.

Geen wonder dat men in 1848 bij de Grondwetsherziening op verbetering bedacht was.

De bepaling der G. W. v. 1815 »De plaatselijke besturen hebben overeenkomstig den inhoud hunner reglementen de vrije beschikking over hunne huishoudelijke belangen" werd vervangen door de bepaling: »aan den raad wordt de regeling en het bestuur van de huishouding der gemeente overgelaten." Het beginsel der plaatselijke zelfstandigheid werd dus in de nieuwe Grondwet scherper uitgedrukt.

Vóor '48 wortelde, blijkens de bepaling der Grondwet, de plaatselijke autonomie in de reglementen, na '48 in de Grondwet zelve.

Aan den wetgever werd opgedragen de bevoegdheid van de gemeentebesturen te regelen, maar onder voorwaarde de zelfstandigheid der gemeentebesturen bij deze regeling te eerbiedigen. Van deze moeilijke taak kweet de wetgever zich in 1851. De gemeentewet veroorlooft den gemeentebesturen vrijelijk hunne belangen te behartigen onder controle van den koning, gedekt door een verantwoordelijken minister. De koning kan de besluiten der gemeentebesturen alleen schorsen of vernietigen; nooit echter kan het centraalbestuur, waar het geldt de behartiging van de belangen der gemeente, zich in de plaats van het gemeentebestuur stellen en zijn macht usurpeeren.

HOOFDSTUK I.

De autonomie der plaatselijke besturen berust thans op art. 144 der Grondwet en is door den wetgever nader geregeld in art. 135 der Gemeentewet luidende: »Aan hem (den raad) behoort het maken van de verordeningen, die in het belang der openbare orde, zedelijkheid en gezondheid worden vereischt en van andere betreffende de huishouding der gemeente." Het doel van dit artikel is blijkbaar het territoir aan te wijzen, waarop de gemeentelijke wetgever zich vrij kan bewegen. Gelukkig is de wet hierin echter niet geslaagd. Immers over geen artikel der Gemeentewet is en wordt bij zijne toepassing zoo verschillend gedacht als over dit artikel en met name over de vraag, welke onderwerpen zijn onderwerpen van huishoudelijk belang voor de gemeenten. De memorie van toelichting op de Gemeentewet is op 't punt van art. 135 zeer sober. Zij vermeldt: »De wetgever ofschoon buiten

machte alles te vermelden, wat onder de huishoudelijke gemeenteaangelegenheden is te rangschikken zal wel doen het voornaamste te noemen, opdat alzoo voor 't overige een besluit kunne worden afgeleid."

De onderwerpen in art. 135 genoemd moeten dus als voorbeelden worden beschouwd.

Gelukkig gekozen zijn die voorbeelden niet.

Immers zorg voor de openbare orde, gezondheid en veiligheid is niet minder een onderwerp van staats- dan gemeentelijk belang. Zoo beschouwde de wetgever het ook, getuigen de wet op de besmettelijke ziekten van 4 Dec. 1872, die betreffende de veeartsenijkundige politie van 1870 en meer andere. Maar toegegeven dat de voorbeelden in art. 135 Gem wet niet gelukkig gekozen zijn, ook afgezien van deze voorbeelden is niet aan te geven wat onder huishoudelijke belangen der gemeenten moet worden begrepen. THORBECKE noemt in zijn aanteekening op de Grondwet van huishoudelijk belang voor de gemeente: »hetgeen alleen de gemeente, hetzij in haar geheel, hetzij hare leden als leden der gemeente betreft." 't Is duidelijk dat men aan deze definitie niets heeft om te bepalen, aan welke teekenen men de onderwerpen kan onderkennen, die uitsluitend in dat kader thuis behooren. Uitvoerig wordt de kwestie besproken door Mr. G. DE VRIES in zijn werk »de wetgevende

macht der plaatselijke besturen" waarin deze schrijver tot deze conclusie komt: »Het beginsel der Grondwet is ongetwijfeld dit: al wat den geheelen staat betreft, wat voor den geheelen staat als zoodanig van belang is, moet een onderwerp van algemeene wetgeving zijn. Wat daarentegen een enkele of onderscheidene provincien betreft, wat voor haar niet als deelen van den staat maar als op zichzelf staande lichamen van belang is, behoort tot de onderwerpen van provinciale wetgeving, terwijl eindelijk de gemeente de vrije beschikking heeft over die belangen, welke niet haar betreffen als deel van den geheelen staat of der provincie, maar uit haar zelfstandig bestaan voortvloeien." De schrijver erkent echter, dat ofschoon het beginsel duidelijk is, zijne toepassing eigenaardige moeilijkheden met zich brengt, dat de grenslijn, ofschoon hier en daar scherp geteekend, niet overal even duidelijk is. Wel draagt de Grondwet de regeling van sommige belangen uitdrukkelijk aan rijk of provincie op, maar voor alle andere gevallen berust de beslissing bij de onderscheidene wetgevende lichamen. Maar daarom mogen deze zich nog niet met alles bemoeien wat hun goeddunkt, of aan anderen overlaten, wat zij zich liever niet aantrekken. Het uitgedrukt beginsel der Grondwet is voor allen een richtsnoer, waarnaar zij overeenkomstig hunne overtuiging uit eigen oordeel en uit de kennis

der omstandigheden geput, de grenzen hunner bevoegdheid moeten afmeten. Zij zullen zich onthouden van de beschikking over datgene wat van algemeen belang is en hunne bemoeiing alleen uitstrekken tot zaken van gemeentelijk huishoudelijk belang. Wanneer zij daarbij nauwlettend toezien en als zaken van algemeen belang beschouwen alle die welke ook aan de overige deelen des rijks eigen en voor een gelijke regeling in het geheele rijk alleszins geschikt zijn, voor zaken van gemeentelijk huishoudelijk belang daarentegen die, welke uit den bijzonderen aard der plaatselijke omstandigheden voortspruiten, of die daarmede tenminste in zulk een verband staan, dat de regeling derzelve naarmate van die omstandigheden verschillend behoort te wezen, zullen zij zich tegen overschrijding van bevoegdheid behoeden." Mr De Vries wil dus streng onderscheiden tusschen de wetgevende bevoegheid van rijk, provincie en gemeente en wel naar den aard der onderwerpen waarover zich de wettelijke regeling uitstrekt.

De praktijk stoort zich echter aan deze theorie niet. Hierin vindt Prof. Buijs aanleiding in zijn werk over de Grondwet de volgende stelling neer te schrijven: »Wanneer men dus de praktijk niet voor een enkele maal maar onophoudelijk en in weerwil van alle tegenspraak ziet zondigen tegen de regelen van een vooropgezette

theorie, dan bestaat er alle reden om de juistheid van die theorie te gaan verdenken" Hij geeft toe dat de theorie van Mr DE VRIES de gedachte van den grondwetgever misschien met groote getrouwheid afspiegelt, maar vraagt of die gedachte dan zelf wel voor volkomen juist kan doorgaan. Prof. BUIJS was van oordeel dat men geen andere grensteekenen tusschen de verschillende huishoudingen behoort te stellen, dan die welke Grondwet of wet aanwijzen. Natuurlijk is het gemeentebestuur bij de uitoefening van zijn gezag aan het territoir der gemeente gebonden, maar ook binnen dit territoir is door de Grondwet zelf zijn wetgevend gezag zeer beperkt door de regeling van het geheele recht, burgerlijk, militair en strafrecht uitdrukkelijk aan den algemeenen wetgever op te dragen. De gemeentewetgever kan zich dus slechts bewegen op het gebied van de zoogenaamde welvaartspolitie, maar ook op dat gebied is hij weer beperkt door sommige grondwettelijke voorschriften, die enkele onderdeelen der welvaartspolitie aan den wetgever opdragen als onderwijs, armwezen enz. Alle andere grensomschrijving van de bijzondere taak voor elk der drie wetgevende machten op het gebied der welvaartspolitie ontbreekt in het Nederlandsche Staatsrecht, dat de beslissing van de vraag welk aandeel elk dezer machten, rijk, provincie of gemeente, in de gemeen-

schappelijke taak toekomt, aan de praktijk overlaat.

Prof. BUYS komt tot deze conclusie. Tenzij wet of Grondwet uitdrukkelijk anders bepalen, komt het recht om de economische belangen der burgers te behartigen toe aan dat gezag, hetwelk op een gegeven oogenblik tot het vervullen van die taak de meeste geschiktheid mocht bezitten. Dat deze conclusie juist is, en ofschoon niet het beginsel waarvan onze Grondwet is uitgegaan toch in onze wetgeving is aangenomen, blijkt volgens prof. BUYS ook uit art. 150 Gem. wet, waar de wetgever op het gebod, dat plaatselijke verordeningen niet treden in hetgeen is van rijks of provinciaal belang onmiddelijk laat volgen: »Bij twijfel of een verordening dit deed verbindt zij totdat art. 153 is toegepast" totdat de koning van zijn vernietigingsrecht gebruik heeft gemaakt. Heeft de plaatselijke wetgever verordend wat hooger macht reeds vroeger voorschreef of wat, hetzij dan de wet, hetzij de Grondwet uitdrukkelijk aan die hoogere macht ter verordening heeft opgedragen, dan is de onwettigheid der plaatselijke verordening boven allen twijfel verheven en zal dus de rechter verplicht zijn die buiten toepassing te laten. Ontbreekt echter zulk een voorschrift en moet dus de onbestaanbaarheid van de plaatselijke verordening enkel worden opgemaakt uit den aard van het onderwerp, waarmede zij zich bezig houdt, dan zal

niet de rechter, maar alleen de koning hare nietigheid kunnen uitspreken, omdat in dit geval geen rechtsgronden maar enkel redenen van doelmatigheid de verordening kunnen veroordeelen en zulke redenen geen invloed mogen uitoefenen op de beslissingen van het rechterlijk gezag.

Tot een soortgelijke conclusie komt ook Mr. OPPENHEIM, waar hij zegt: »de grens van de huishouding der gemeente wordt bepaald door, is afhankelijk van de grenslijn, die de hoogere machten traceeren voor hare huishoudingen."

Vergelijken wij art. 135 Gem. wet met het corresponderende artikel 130 der Provinciale wet, dan zien wij dat art. 130 veel soberder is dan art. 135 Gem. wet. In de Prov. wet nl. zijn de voorbeelden in art. 135 Gem. wet genoemd weg gelaten, hetgeen voor de duidelijkheid niet zonder belang is, daar, zooals wij gezien hebben, de voorbeelden van art. 135 Gem. wet slecht gekozen zijn.

De onduidelijkheid der Gemeentewet is oorzaak geweest van voortdurenden strijd over de vraag, hoever het pouvoir réglementair der gemeentebesturen gaat. Geen artikel in onze gemeentewet verheugt zich in een zoo omvangrijke jurisprudentie als artikel 135. Deze jurisprudentie in haar geheel te behandelen zou ons veel te ver voeren. Wij stellen ons daarom voor na te gaan hoever het recht tot regelen der gemeentebesturen zich uitstrekt tegenover de persoonlijke vrijheid en

tegenover het recht van eigendom. Vooraf zullen wij nog een vraag behandelen, die zich aan art. 135 vastknoopt, nl. welke machten geroepen zijn de gemeente te besturen en of de gemeentewetgever er in geslaagd is aan elke dier machten haren werkkring aan te wijzen, zoodat over de grenzen harer bevoegdheid geen verschil mogelijk is.

HOOFDSTUK II.

Het bestuur van elke gemeente bestaat uit een raad, een burgemeester en wethouders zegt art. 1 der gemeentewet. Onder 3 machten is dus de regeeringstaak verdeeld nl. den raad, den burgemeester en burgemeester en wethouders. Art. 1 is niet zeer duidelijk geredigeerd, men zou daaruit kunnen opmaken dat de wethouders een zelfstandig college vormen ook zonder den burgemeester. De onjuistheid van deze opvatting blijkt uit art. 91 al. 2: »Zij (de wethouders) vormen met den burgemeester een college."

De gemeentewet tracht elk dier machten haren bepaalden werkkring aan te wijzen. Op den voorgrond wordt de raad gesteld, art. 134 zegt n. l. »aan den raad behoort met betrekking tot de regeling en het bestuur van de huishouding der gemeente, alle bevoegdheid, die

niet bij deze of eenige andere wet aan den burgemeester of aan burgemeester en wethouders is opgedragen." Ook de Grondwet stelt de raad als hoofd der gemeente voorop in art. 143, »aan het hoofd der gemeente staat een raad."

Wat overeenkomstig de bepaling van art. 134 aan de bevoegdheid van den raad is onttrokken, zegt de gemeente-wetgever in het derde hoofdstuk, waarin het dagelijksch bestuur der gemeente aan het college van burgemeester en wethouders wordt opgedragen, waaronder in de eerste plaats behoort het uitvoeren van de verordeningen van den raad. Geheel en al is het dagelijksch bestuur niet aan den invloed van den raad onttrokken; immers art.183 zegt »de burgemeester en wethouders zijn wegens het dagelijksch bestuur aan den raad verantwoording schuldig en geven te dien aanzien alle door den raad verlangde inlichtingen." In een 2de paragraaf van het derde hoofdstuk wordt de bevoegdheid afgebakend van den burgemeester in spoedeischende gevallen ter handhaving der openbare orde in het bijzonder. Bovendien is de burgemeester als vertegenwoordiger van het centraal-gezag belast met het toezicht op de besluiten en verordeningen der gemeentebesturen, daar art. 70 hem de verplichting oplegt, om, wanneer naar zijn oordeel een besluit strijdt met wet of algemeen be-

lang, zich tot de hoogere macht te wenden om het aangevallen besluit te doen vernietigen.

De wetgevende macht berust dus bij den raad, de uitvoerende macht als regel bij het college van burgemeester en wethouders, in sommige gevallen bij den burgemeester alleen. De vraag of door de gemeentewet wel voldoende is afgebakend in welk geval de burgemeester en wanneer het college van burgemeester en wethouders de uitvoerende macht moeten uitoefenen zullen wij laten rusten, en alleen onderzoeken of de afbakening tusschen de bevoegdheid van den raad als wetgever en het dagelijksch bestuur als uitvoerende macht alle geschillen afsnijdt. Het meest doet zich geschil over de grenzen tusschen uitvoerende en wetgevende macht voor op het gebied der bouwpolitie. Vele gemeentebesturen toch, van meening dat het niet doenlijk is de bouwpolitie, die met zooveel telkens wisselende omstandigheden rekening moet houden, bij verordening uitvoerig te regelen, hebben zich er toe bepaald dit onderwerp in hunne verordening slechts in grove trekken te regelen, aan Burg. en Weth. overlatende voor bijzondere gevallen de in acht te nemen bepalingen nader vast te stellen. De verordening bepaalt dan bij voorbeeld alleen dat het verboden is gebouwen te stichten of af te breken zonder vergunning van Burg. en Weth.

De verordening laat Burg. en Weth. vervolgens vrij bij het verleenen dier vergunning zoodanige bepalingen vast te stellen als zij dienstig oordeelen. De Hooge Raad heeft steeds de wettigheid van dergelijke verordeningen ontkend op grond, dat daardoor een niet door de Gemeentewet geoorloofde vermenging van wetgevende en uitvoerende macht wordt in het leven geroepen. Het laatst liet de Hooge Raad zich over deze quaestie uit bij zijn arrest van 27 Juni 1892 (W. v. h. r. n° 6213) naar aanleiding van de bouwverordening der gemeente Zwolle, die bepaalde dat niemand mocht bouwen zonder vergunning van Burg. en Weth. aan welk college de bevoegdheid werd verleend aan zijne vergunning voorwaarden te verbinden ten aanzien van richting of rooiing, peil, hoogte, licht en luchttoevoer, uiterlijken vorm en inrichting, zoomede van afvoer van water, vuilnis en faecalien, terwijl verboden werd een nieuw gebouwd huis te betrekken, zoolang het bewijs niet was bijgebracht dat aan die voorwaarden was voldaan. De Hooge Raad overwoog bij genoemd arrest: »dat de verordening nergens elders eenig voorschrift bevat ten aanzien van richting of rooiing, peil enz., zoodat met betrekking tot dit alles het verbod om een woonhuis te stichten zonder voorafgaande vergunning van Burg. en Weth. en de verhindering van alle gebruik van een gesticht woonhuis

zoolang het bewijs niet is bijgebracht, dat de aan die vergunning verbonden voorwaarden zijn nageleefd, feitelijk medebrengen, dat te Zwolle het bouwen van woonhuizen in bijna alle onderdeelen is onderworpen aan bepalingen niet gemaakt door den gemeenteraad, maar aan regelen door B. en W. naar hun inzicht voor ieder bijzonder geval te stellen; dat de opdracht aan Burg. en Weth. om zonder een daarvan in 's raads verordening vervatte regeling bijzondere voorschriften te geven voor ieder voorkomend geval, gelijk staat met een opdracht tot regeling van dit onderwerp, zoodat in anderen vorm B. en W. zouden hebben te verrichten, wat door art. 135 der gemeentewet uitdrukkelijk is opgedragen aan een andere macht; dat volgens evengenoemd wetsartikel aan den raad behoort de regeling van hetgeen vereischt wordt in het belang der openbare orde, zedelijkheid en gezondheid en B. en W. door art. 179 litt. a wel geroepen zijn om bij wijze van uitvoering in ieder bijzonder geval te beslissen wat in overeenstemming met 's raads regeling behoort te geschieden, doch geenszins om zonder dergelijke regeling zelfstandig te oordeelen omtrent hetgeen ten aanzien van dit een en ander noodig kan zijn."

De Hooge Raad eischt dus, dat de gemeenteverordening volkomen uitgewerkte voorschriften bevat, zoodat voor

Burg. en Weth. niets anders overblijft dan op de toepassing van den gestelden regel toe te zien.

Aan de opvatting van den hoogsten rechter hebben de lagere rechtscolleges vrij algemeen zich aangesloten. De opvatting van den Hoogen Raad wordt ook in tal van administratieve beslissingen aangenomen, zooals in het koninklijk besluit van 7 Maart 1876 (Staatsblad n°. 47), in een missive van Gedeput. Staten van Groningen in 1879 enz. Een afwijking van deze opvatting vinden wij in het verslag van Gedeputeerde Staten van Zeeland over 1871, waarin bedenkingen geopperd werden tegen een gemeenteverordening die voorschreef, dat in de kom der gemeente geen bouw of herbouw mocht plaats hebben dan naar de door den raad te geven voorschriften. »Het geven dier voorschriften behoort, aldus luidde het verslag, tot de uitvoering van des raads verordeningen en alzoo niet tot de bevoegdheid van den raad, maar naar art. 179a der gemeentewet tot die van burgemeester en wethouders." De constante jurisprudentie van de rechterlijke macht en de op een enkele uitzondering na daarmede overeenstemmende jurisprudentie der administratieve macht, dat de gemeentewetgever een scherpe afbakening tusschen uitvoering en wetgeving heeft willen vaststellen, wordt bestreden door Mr. H. ADDENS in zijn proefschrift

»delegatie van wetgevende macht" en door Prof. OPPENHEIM in zijn »handboek voor de beoefening van het gemeenterecht". Deze schrijvers zijn van oordeel dat de raadsverordening in mindere of meerdere mate aan de uitvoerende macht de nadere regeling voor de bijzondere gevallen van de door haar vastgestelde voorschriften mag overlaten, zonder hierdoor in ongeoorloofde delegatie van macht te vervallen. Mits slechts hiervoor gezorgd worde, dat bij overtreding der nadere door Burg. en Weth. gegeven voorschriften, de door den raad vastgestelde verordening wordt overtreden, daar alleen de raad de bevoegdheid heeft straf te bedreigen, achten zij de wet geëerbiedigd. De verordening zal een bepaalde handeling door de uitvoerende macht nader te omschrijven of te regelen moeten gebieden of verbieden, bij voorbeeld het bouwen in strijd met door Burg. en Weth. in elk bijzonder geval te geven voorschriften en er zal dan geen delegatie zijn als aan de uitvoerende macht de uitvaardiging van de voorschriften, die in de bijzondere gevallen zijn in acht te nemen, wordt overgelaten. Genoemde schrijvers ontkennen dat er gevallen zijn, waarin een opdracht van de wetgevende aan de uitvoerende macht ophoudt tot de uitvoering te behooren en het karakter van delegatie aanneemt. Eenmaal vaststaande, dat de wetgevende macht een deel der regeling aan de uitvoerende macht mag

overlaten, zijn zij van oordeel dat de wetgevende macht zelf mag beslissen welk deel zij wil overlaten. Daarom ontzeggen zij den rechter de bevoegdheid te onderzoeken of de gemeentelijke wetgever al of niet te veel macht heeft uit handen gegeven, daar het hier geen quaestie van recht, maar van doelmatigheid geldt. In den strijd geen partij kiezende, wensch ik nog de aandacht te vestigen op de twistvraag, die zich naar aanleiding van art. 180 der Gemeentewet heeft voorgedaan.

Art. 179 noemt onder de attributen van het dagelijksch bestuur in de eerste plaats het uitvoeren van de verordeningen van den raad.

Art. 180 verklaart, dat onder het uitvoeren van de verordeningen van den raad ook begrepen is, de bevoegdheid »tot het desnoods ten koste der overtreders doen wegnemen, beletten of verrichten, van hetgeen in strijd met die verordeningen wordt daargesteld, ondernomen of nagelaten." Deze bepaling was mijns inziens overbodig. Ook zonder deze bepaling, die in de Provinciale wet ontbreekt, zou onder het uitvoeren der verordeningen van den raad reeds begrepen zijn het doen wegnemen enz. van hetgeen in strijd met een verordening wordt daargesteld. De regeering verklaarde dan ook in hare memorie van toelichting op art. 180 »dat deze bevoegdheid, waar de plaatselijke wetgever

verzuimd had ze bij zijne verordeningen uit te drukken, wellicht kon worden betwist en daarom om allen twijfel te vermijden er was bijgevoegd." Deze bijvoeging echter heeft juist aanleiding gegeven tot twijfel. Men heeft zich op dit artikel beroepen in een in 1888 gevoerd strafgeding. De zaak was deze:

De gemeente 's-Gravenhage had in haar bouwverordening strafbaar gesteld, »den architect, aannemer of werkbaas, die langer dan een maand na ter zake van overtreding van een of meer der artt. 40, 41, 42 alinea's 1 en 2, 47 en 48 der Haagsche verordening op het bouwen, veroordeeld te zijn heeft laten voortbestaan hetgeen hij door de daad, waarin de overtreding bestond heeft tot stand gebracht of die heeft laten voortduren het verzuim waarin de overtreding bestond." Zekere werkbaas nu was ter zake van bovengenoemde artikelen der bouwverordening veroordeeld en had meer dan een maand na zijne veroordeeling nog niet afgebroken wat hij in strijd met die artikelen had tot stand gebracht. Deswege vervolgd, werd hij door den kantonrechter ontslagen van rechtsvervolging maar door de rechtbank, recht sprekende in het door het openbaar ministerie ingesteld hooger beroep, veroordeeld. Van dit vonnis kwam beklaagde in cassatie, o. a. op grond van »schending en verkeerde toepassing van de artt. 179, 180 en 150 der gemeentewet

en de artt. 48 en 87 der verordening op de bouwpolitie te 's-Gravenhage van 14 Oct. 1884, door toe te passen art. 87 laatste alinea der verordening, dat in strijd is met de genoemde artikelen der gemeentewet." De Hooge Raad verwierp bij arrest van 12 Maart 1888 dit cassatie beroep en overwoog daarbij het volgende:

O. ten aanzien van het eerste middel, dat de requirant tot toelichting daarvan heeft beweerd, dat volgens art. 180 der Gemeentewet Burgem. en Weth. niet alleen bevoegd zijn, maar ook verplicht, om desnoods ten koste der overtreders te doen wegnemen, hetgeen in strijd met de verordeningen van den raad is daargesteld; dat dus de zorg voor de naleving en uitvoering dier verordeningen door den algemeenen wetgever aan Burgem. en Weth. is opgedragen, en dat in strijd hiermede in het laatste lid van art. 87 der verordening regelende de bouwpolitie te 's-Gravenhage straf wordt bedreigd tegen het laten voortbestaan van hetgeen tengevolge van overtreding der verordening is tot stand gekomen.

O., daaromtrent, dat het laatste lid van art. 87, evenals de geheele verordening regelende de bouwpolitie te 's Gravenhage, een uitvloeisel is van de bevoegdheid bij art. 135 in verband met art. 161 en volgende der gemeentewet aan den raad verleend, om in het belang der openbare orde, zedelijkheid en gezondheid verordeningen

te maken en tegen de overtreding dier verordeningen straf te bedreigen; O., dat deze wetgevende bevoegdheid van den gemeenteraad wel is te onderscheiden van het uitvoeren der verordeningen van den raad bij art. 179 a der Gem. wet aan het dagelijksch bestuur der gemeente opgedragen, waartoe volgens art. 180 dier wet ook behoort de bevoegdheid tot het doen wegnemen van hetgeen in strijd met die verordeningen wordt daargesteld; O., dat op deze bevoegdheid geen inbreuk wordt gemaakt door de bepaling van het laatste lid van art. 87 der meergemelde verordening, omdat de daarbij bedreigde straf tegen het laten voortduren van een toestand in strijd met de verordening zeer wel bestaanbaar is naast de gelijktijdige bevoegdheid van Burg. en Weth. om dien toestand te doen ophouden krachtens art. 180 der Gem. wet, wanneer dit hun in het belang der gemeente geraden voorkomt; O., dat er dus geen strijd bestaat tusschen het laatste lid van art. 87 der verordening en art. 180 der Gem. wet enz.

Naar mijne meening was deze uitspraak van den Hoogen Raad volkomen juist. De verordening van den raad, steunende op de bevoegdheid hem in art. 135 Gem. wet verleend, maakte in geen enkel opzicht inbreuk op art 180 Gemeentewet. Burg. en Weth. werden door de verordening niet in het allerminst beperkt in hunne

bevoegdheid de in strijd met de verordening gemaakte werken te doen wegnemen. De verordening kon alleen werken wanneer het dagelijksch bestuur geen gebruik maakte van zijne bevoegdheid, maar verbood Burg. en Weth. niet hunne bevoegdheid te hanteeren en zoo de werking der verordening te verhinderen. Dat het beter geweest was zoo Burg. en Weth. art. 180 hadden toegepast, stond niet ter beoordeeling van den rechter, maar krachtens art. 183 Gem. wet kon de raad hen daarvoor ter verantwoording roepen.

Ik kom thans tot de vraag welke grenzen aan de wetgevende bevoegdheid van den raad zijn gesteld met betrekking tot de persoonlijke vrijheid. Praktisch heeft deze vraag zich meer opzettelijk voorgedaan bij de gedragslijn der gemeentebesturen tegenover de prostitutie. Ik zal daarom het onderzoek der vraag op dit onderwerp concentreeren.

HOOFDSTUK III.

Het vraagstuk der reglementeering van de prostitutie is tegenwoordig zeer zeker een der moeilijkste vraagstukken, waarvoor de gemeentebesturen bij het maken hunner verordeningen komen te staan. Treedt overigens bij het vaststellen van verordeningen naast de vraag der bevoegdheid hoofdzakelijk de kwestie der doelmatigheid op den voorgrond, bij de reglementeering der prostitutie heeft men bovendien te kampen met de gemoedsbezwaren van velen, die van de stelling uitgaan, dat reglementeeren hier synoniem is met bevorderen. Daarbij komt nog, dat ook over het hygienisch belang der reglementeering de deskundigen verschillen. Het spreekt van zelf, dat ik in mijne beschouwing de moreele en hygienische zijde der kwestie volkomen buiten beschouwing laat en mij alleen bepaal tot de bespreking

of de gemeentebesturen het recht tot reglementeeren hebben en hoever dit recht gaat.

Vreemd mag het genoemd worden dat een zoo gewichtige zaak als reglementeering der prostitutie geheel en al aan den plaatselijken wetgever is overgelaten. Al mogen ook de plaatselijke omstandigheden verschillen, zoo was dunkt mij toch eene algemeene regeling, die tevens aan de plaatselijke besturen vrijheid gaf sommige onderwerpen, waarbij men de plaatselijke omstandigheden in het oog moet houden, bij verordening te regelen, zeer gewenscht. De rijkswetgever echter heeft deze taak nog niet aanvaard, en zoolang hij dit niet doet, blijven de plaatselijke besturen bevoegd op grond van art. 135 de reglementeering der prostitutie binnen den kring hunner werkzaamheid te trekken. Al bestaat er verschil over de grenzen, buiten welke de gemeentebesturen bij hunne verordeningen niet mogen gaan, de bevoegdheid om op grond van art. 135 de prostitutie te reglementeeren is voor zoover ik weet den gemeentebesturen nooit betwist. En zeer terecht. Immers staan als onderwerpen, welke de gemeenteverordeningen kunnen omvatten, uitdrukkelijk de openbare orde en gezondheid genoemd, en deze zijn wel in de eerste plaats bij een goede regeling van het prostitutievraagstuk betrokken.

De inhoud der gemeentelijke verordeningen op de pro-

stitutie komt in de verschillende gemeenten vrij wel overeen. Hij komt hoofdzakelijk hierop neer: het zich overgeven aan de prostitutie wordt bij de vrouw erkend als bedrijf. Wil zij dat bedrijf uitoefenen, dan moet zij daarvan aangifte doen bij de politie, die haar in een register inschrijft. Op geregelde tijden moet zij zich onderwerpen aan een geneeskundig onderzoek. Wordt zij daarbij gezond bevonden, dan ontvangt zij een boekje waarin dit wordt vermeld en dat zij steeds op aanvrage moet vertoonen. Blijkt zij daarentegen te lijden aan eene venerische ziekte, dan wordt zij opgenomen in een ziekenhuis. De politie heeft toezicht op de bordeelen, die in den regel alleen in sommige wijken worden geduld en in zindelijken staat moeten worden gehouden.

In 1885 werd de Hooge Raad geroepen over de wettigheid van eenige artikelen der Haagsche verordening op de prostitutie een oordeel uit te spreken. Eene als publieke vrouw ingeschrevene prostituée had zich niet gehouden aan de verplichting in art. 18 der verordening der gemeente 's Gravenhage betreffende de prostitutie opgelegd, nl. zich op de door de politie te bepalen dagen te onderwerpen aan een geneeskundig onderzoek. Zij was deswege door den kantonrechter veroordeeld. Van dit vonnis kwam de beklaagde in cassatie bij den Hoogen Raad en voerde daarbij o. a. het volgende

middel van cassatie aan: »schending van art. 135 der Gem. wet door toepassing eener verordening, die met welk doel ook vastgesteld, inderdaad niet met voldoende zekerheid geacht kan worden werkelijk te zijn in het belang der openbare gezondheid." Beklaagde's betoog was aldus ingekleed. Ten aanzien der verordeningen bedoeld in het eerste gedeelte van art. 135 der Gem. wet zijn door den wetgever grenzen gesteld en wel deze: 1e dat de maatregelen in het belang zijn der openbare orde, zedelijkheid en gezondheid, 2e dat dit belang die maatregelen vereischt. Nu kan de meergenoemde Haagsche verordening op de prostitutie niet gegrond zijn op de openbare orde of op de openbare zedelijkheid, maar ook niet op de openbare gezondheid, omdat »de burgerij in 't algemeen" niet door venerische ziekten wordt bedreigd en de bepalingen der verordening slechts betrekking hebben op de private gezondheid van ontuchtigen en hunne eerste afkomelingen. Maar bovendien worden de maatregelen in deze verordening genomen ook niet in het belang der openbare gezondheid vereischt. »Want ieder burger, ook de armste, kan zich en zijn kroost volkomen vrijwaren tegen venerische ziekten of hunne hereditaire vormen."

Wat van dit betoog te zeggen? In de eerste plaats was het hierop gericht, dat de verordening niet was in

het belang der openbare gezondheid omdat alleen een gedeelte der burgerij aan venerische ziekten bloot staat. Ik kan met deze bewering niet meegaan. Het begrip openbare gezondheid omvat de gezondheid van alle burgers, en daaronder ook die van hen welke zich aan ontucht overgeven. Zal men den algemeenen gezondheidstoestand alleen siecht noemen als alle burgers ziek zijn? Zal men tegen besmettelijke ziekten als de pokken geen maatregelen mogen nemen omdat niet alle burgers daarvoor vatbaar zijn? Dat er burgers zijn die zonder bescherming der overheid gevaar loopen voor hunne gezondheid, is een voldoend motief voor de overheid om zich hunne belangen aan te trekken.

In de 2de plaats beweerde beklaagde dat deze verordening niet in het belang der openbare gezondheid was. Hierover echter heeft de rechter niet te beslissen, maar de raad die de verordeningen in het belang der gemeente moet maken. Is men van oordeel, dat de raad in dit opzicht heeft gedwaald, dan mag niet de rechter, maar kan alleen de administratieve autoriteit krachtens art. 153 Gem. wet de verordening buiten werking stellen. Ook de Hooge Raad oordeelde zoo, daar hij zich onbevoegd verklaarde te beslissen of de verordening wel in het belang der openbare gezondheid was.

Verder beweerde beklaagde dat art. 4 der grondwet

was geschonden door de bepaling, dat de als prostituées ingeschrevenen een, de persoonlijke eerbaarheid op de grofste wijze aantastend, onderzoek moesten ondergaan.

Art. 4 der grondwet geeft aan allen die zich op het grondgebied des rijks bevinden gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen.

Op dit artikel beriep beklaagde zich echter tevergeefs. Voor de Grondwetsherziening van 1887 stond in het eerste lid van dit artikel: »Ieder die zich op het grondgebied bevindt, hetzij ingezetenen of vreemdelingen".... enz. Blijkens zijn inhoud en geschiedenis had het artikel toen de strekking alleen den regel te stellen, dat ieder die zich op ons grondgebied bevond, onverschillig of hij ingezeten of vreemdeling was, recht had op gelijke bescherming van persoon en goederen. Het bedoelde niet dat ieder aanspraak had op gelijke bescherming van persoon en goederen, maar dat men bij de bescherming van persoon en goederen geen onderscheid mocht maken tusschen ingezetenen en vreemdelingen. De woorden, hetzij ingezetenen of vreemdelingen, zijn in '87 weggelaten, omdat zij een onjuiste tegenstelling bevatten. Maar dat deze wijziging de beteekenis van art. 4 niet heeft veranderd, blijkt zoowel uit de memorie van toelichting der regeering in 1887, als uit het onveranderd gelaten 2de lid van art. 4. Aan eene bepaling,

dat de een in zijn persoonlijke vrijheid niet meer belemmerd mag worden dan de ander, is door den grondwetgever nooit gedacht. De Hooge Raad verwierp dan ook dit cassatiemiddel op soortgelijke gronden als hierboven zijn ontwikkeld. Ook werd als cassatiemiddel aangevoerd schending van art. 2 Burgerlijk Wetboek door het voorgeschreven onderzoek aan den lijve. Art. 2 B. W. zegt dat »allen die zich op het grondgebied van den staat bevinden vrij zijn en bevoegd tot het genot der burgerlijke rechten." Deze bepaling van burgerlijk recht kan men volstrekt niet gebruiken als maatstaf ter beoordeeling van de verhouding tusschen regeering en geregeerden. Art. 2 B. W. drukt een beginsel uit geldende voor het burgerlijk recht, terwijl wij ons hier op publiekrechtelijk terrein bevinden. Naar de juiste beteekenis van art. 2 ten aanzien van het burgerlijk recht behoeven wij geen onderzoek in te stellen, gelijk de Hooge Raad in zijn arrest deed, daar de plaatsing van art. 2 in het Burgerlijk Wetboek voldoende aanduidt, dat het artikel op publiekrechtelijke verhoudingen geen invloed heeft.

Wij komen dus tot de conclusie dat de gemeenteraden de bevoegdheid hebben bij verordening te bepalen, dat als publieke vrouw ingeschreven vrouwen zich moeten onderwerpen aan een onderzoek aan den lijve door geneeskundigen. Weigert zij zich aan dat onderzoek te

onderwerpen dan is zij strafbaar. Maar kan zij ook door lichamelijk geweld daartoe gedwongen worden? Mijns inziens wel, daar dit behoort tot de uitvoering der verordening; moet zij daartoe worden aangehouden, de burgemeester is mijns inziens als hoofd der politie bevoegd dit te gelasten. Deze bevoegdheid is dikwijls ontkend op grond van art. 157 der G. W. Ik kan echter in de door mij bedoelde aanhouding geen inhechtenisneming zien in den zin van art. 157 der G. W. Evenmin als de aanhouding van een dronken man in het belang der openbare orde onder de bepaling van artikel 157 der grondwet valt, is dit het geval met de aanhouding eener publieke vrouw om geneeskundig onderzocht te worden tot voorkoming eener gevreesde besmetting. Ook acht ik den gemeenteraad bevoegd in zijne verordening te bepalen dat een vrouw, die bij het onderzoek bevonden wordt aan eene venerische ziekte te lijden, tot haar herstel in een ziekenhuis moet verblijven. Deze bevoegdheid is den raad dikwijls ontzegd eveneens op grond van art. 157 der G. W. Naar mijne meening is ook hier art. 157 niet toepasselijk. Ik kan in het brengen van eene zieke naar een plaats voor hare genezing geschikt, waar zij tot hare genezing verplicht wordt te blijven geen inhechtenisneming in den zin van art. 157 G. W. zien. Ook de rijkswetgever beschouwt eene zoodanige

vrijheidsbeperking als niet vallende onder de bepaling van art. 157 G. W. Immers gelijksoortige bepalingen als in bedoelde verordeningen voorkomen, vinden wij in de wet van 28 Maart 1877 *Staatsblad* n° 35, tot wering van besmetting door uit zee aankomende schepen. Art. 11 toch van genoemde wet bepaalt dat personen verdacht aan besmettelijke ziekten te lijden, ook tegen hun wil kunnen worden vervoerd naar voor hunne opneming ingerichte gebouwen om daar zoolang er gevaar voor besmetting is te verblijven. Beschouwde de wetgever dit als inhechtenisneming in den zin van art. 157 G. W. dan had hij moeten bepalen dat hier geen bevel des rechters noodig was, en dan had hij blijkens de laatste alinea van art. 157 den tijd moeten bepalen binnen welken de aangehoudene moest worden gehoord. Aan zoodanig bevel is hier niet gedacht. De wetgever beschouwde deze vrijheidsbeperking dus niet als inhechtenisneming. Intusschen is de praktijk niet in harmonie met de door mij verkondigde leer. Zoo werden bepalingen, als die ik besprak, voorkomende in eene verordening der gemeente Groningen bij koninklijk besluit van 26 Sept. 1889, Staatsblad n° 124, vernietigd. Bij hetzelfde koninklijk besluit werd nog een andere bepaling uit genoemde verordening vernietigd n. l. die, waarbij de burgemeester bevoegd werd verklaard vrouwen, die zich niet als

publieke vrouw hadden doen inschrijven, en van wie het den commissaris van politie gebleken was, dat zij het bedrijf van publieke vrouw uitoefenden, ambtshalve als zoodanig in te schrijven, met het gevolg dat de ingeschrevene ten opzichte der overige bepalingen der verordening als publieke vrouw wordt aangemerkt. Ten aanzien van deze bepaling overwoog genoemd koninklijk besluit, »dat de ambtshalve inschrijving blijkbaar was voorgeschreven met het doel om aan elke ingeschreven vrouw enkel op grond dier inschrijving alle volgens de verordening op publieke vrouwen rustende verplichtingen op te leggen, en dat het opleggen van zoodanige verplichtingen, nog wel met strafbedreiging, enkel op grond van eene eenzijdige beslissing en verrichting der administratie, verder gaat dan de bevoegdheid, bij art. 135 Gem. wet aan den gemeenteraad toegekend, veroorlooft." Dezen strijd van genoemde bepaling met art. 135 der Gemeentewet valt het mij moeilijk waar te nemen. De raad, gebruik makende van zijne bevoegdheid om in het belang der openbare gezondheid verordeningen te maken, regelde het toezicht op de prostituées. Hij bepaalde dat voor de toepassing der verordening in de eerste plaats zij als prostituées zouden worden beschouwd, die zich zelve als zoodanig opgaven, maar bepaalde bovendien dat de verordening toepasselijk was op die personen,

welke de uitvoerende macht, voorgelicht door den commissaris van politie, als zoodanig zou aanwijzen. Een nadere bepaling dus van de personen waarop de verordening van toepassing was werd opgedragen aan de uitvoerende macht. De wetgevende macht droeg dus een deel der regeling aan de uitvoerende macht op, waartoe zij, volgens vele schrijvers, bijv. Prof. OPPENHEIM en Mr. ADDENS, volkomen bevoegd is. Meende de regeering dat deze opdracht verder ging dan het algemeen belang gedoogde, zij had op dien grond bovengenoemde bepaling kunnen vernietigen, maar niet op grond van strijd met de wet. Wel was het mijns inziens meer in overeenstemming met art. 179 der Gem. wet geweest, indien de raad de bevoegdheid tot inschrijving, in plaats van aan den burgemeester, aan burgemeester en wethouders had opgedragen, maar dit was blijkens het koninklijk besluit niet het motief der regeering tot vernietiging.

Bij de vaststelling van bovengenoemde verordening kwam in de gemeente Groningen bovendien een voorstel in behandeling van Mr. v. S. de strekking hebbende, het houden van bordeelen strafbaar te stellen, met andere woorden te verbieden.

Dit voorstel werd behalve op utiliteitsgronden in den gemeenteraad bestreden wegens beweerde onwettigheid.

Deze bewering steunde op de volgende argumenten. In de eerste plaats beriep men zich op art. 188 der Gem. wet waarin gezegd wordt, dat de politie over openlijke huizen van ontucht behoort aan den burgemeester. Uit deze bepaling zou volgen, dat de rijkswetgever het bestaan der bordeelen erkent, zoodat de raad onbevoegd geacht moest worden te zeggen: »ik wil geen huizen van ontucht dulden" Ik kan aan dit argument niet veel waarde hechten. Naar mijne meening wil art. 188 alleen er voor waken, dat de burgemeester toezicht heeft, indien er openlijke huizen van ontucht bestaan en voor zooverre de raad er verordeningen op heeft gemaakt. Immers uit de memorie van antwoord der regeering op art. 188 blijkt dat men bedoelde den burgemeester te verleenen »de politie op de openbare huizen van ontucht, d. w. z. de handhaving der openbare orde en der daaromtrent gemaakte plaatselijke verordeningen." Kan men nu uit deze bepaling afleiden, dat genoemde huizen moeten worden toegelaten? Dan zou men ook moeten beweren dat de raad daaromtrent verordeningen moet maken, want anders zal de burgemeester de politie die hem toekomt niet kunnen uitoefenen. In de 2de plaats beriep men zich op de artikelen 250 en 452 van het Wetboek van Strafrecht. Art. 250 van genoemd wetboek bedreigt gevangenisstraf tegen hem, die uit winstbejag opzettelijk het

plegen van ontucht door een minderjarige met een derde teweegbrengt of bevordert enz. en art. 452 bedreigt straf tegen den bordeelhouder, die eene door hem in zijn huis opgenomen vrouw niet ondubbelzinnig bekend maakt met het bedrijf dat in zijn huis wordt uitgeoefend. Uit deze artikelen heeft men willen afleiden, dat de rijkswetgever het bedrijf van bordeelhouder niet heeft willen verbieden maar slechts beperken; dat de plaatselijke wetgever — een volstrekt verbod uitvaardigende tot het houden van bordeelen — niet alleen dezelfde zaak, maar hetzelfde onderwerp zou regelen, dat de algemeene wetgever aan zich getrokken en alzoo tot een zaak van rijksbelang heeft gestempeld. Ik kan ook met deze opvatting mij niet vereenigen. Ik zie niet in dat de gemeentewetgever, de bordeelen verbiedende, het terrein van den rijkswetgever betreedt. Boven is reeds betoogd dat het onmogelijk is een preciese scheiding te maken tusschen de bevoegdheid van rijks- en gemeentewetgever. Alleen dan ligt een onderwerp buiten het bereik van den gemeentewetgever, indien wet of grondwet uitdrukkelijk een andere macht bevoegd verklaarde of een hoogere macht een regeling heeft gemaakt. Twee bepalingen slechts heeft de rijkswetgever omtrent 't houden van bordeelen gemaakt, kan men nu zeggen dat het houden van bordeelen door den rijkswetgever is geregeld,

dat het toelaten of verbieden daardoor aan den gemeentewetgever is onttrokken? De rijkswetgever zegt alleen: zijn er bordeelhouders dan zijn zij verplicht de bepaling van art. 452 na te komen en het houden van bordeelen met minderjarige personen verbiedt hij.

Het laatst liet de regeering zich over de bevoegdheid der gemeenteraden tegenover het prostitutie-vraagstuk uit in Januari 1893, toen zij bij koninklijk besluit, geplaatst in het Staatsblad n°. 22 van dat jaar, eenige artikelen uit de Goudsche verordening op de prostitutie vernietigde. In de eerste plaats werd het artikel vernietigd, dat ambtshalve ingeschreven vrouwen verplichtte deze inschrijving te onderteekenen. De regeering grondde de vernietiging van deze bepaling hierop: »dat het opleggen onder strafbedreiging van de verplichting tot onderteekening van de ambtshalve gedane inschrijving, enkel op grond van een eenzijdige beslissing en verrichting der administratieve macht, verder gaat dan de bevoegdheid bij art. 135 aan de gemeentebesturen verleend." De grond der vernietiging was dus niet, zooals bij de Groningsche verordening, dat een vrouw op grond eener eenzijdige beslissing der administratieve macht onderworpen werd aan de verplichtingen van prostitutées, maar alleen dat zij verplicht werd hare ambtshalve gedane inschrijving te onderteekenen.

Ook door deze bepaling overschreed, dunkt mij, de raad de grenzen in art. 135 Gem. wet aan zijne wetgevende bevoegdheid gesteld, niet. Zijne verordening betrof een onderwerp uitdrukkelijk in art. 135 genoemd, n. l. de openbare gezondheid. De raad achtte het in het belang der openbare gezondheid noodzakelijk, dat ook de ambtshalve ingeschreven vrouwen door hare onderteekening deden blijken, dat zij bekend waren met de krachtens die ambtshalve inschrijving op haar rustende verplichtingen. Oordeelde de regeering dat het te ver ging, dat de raad vrouwen dwong haar eigen infamia te bekennen, zij had op grond van strijd met het algemeen belang deze bepaling moeten vernietigen.

Ik kom alzoo tot het besluit dat de gemeenteraad, krachtens art. 135 der gemeentewet zijne politiewetgevende bevoegdheid uitoefenende, niet op het terrein der inhechtenisneming zich begeeft, maar een zuiveren politiemaatregel decreteert, als hij de uitvoering zijner verordeningen versterkt door bepalingen, die, gelijk bij de prostitutie, medebrengen dat de daaraan onderworpenen in hunne persoonlijke vrijheid worden belemmerd.

HOOFDSTUK IV.

Een volkomen vrije uitoefening van het eigendomsrecht is onbestaanbaar met de eischen van den staat. Is men het in het algemeen met deze stelling eens, over de perken, die de staat, waar hij in botsing komt met het eigendomsrecht, moet in acht nemen, loopen de gevoelens zeer uiteen. Op 2 wijzen grijpt het staatsgezag in het eigendomsrecht in door de onteigening ten algemeenen nutte en door de beperkingen die zich de eigenaar eveneens ten algemeenen nutte moet getroosten. Deze beide wijzen van ingrijpen, ofschoon voor den eigenaar dikwijls hetzelfde gevolg hebbende, zijn echter in aard zeer verschillend. Onteigening heeft dan plaats wanneer het openbaar gezag in het algemeen belang een eigenaar, die op volkomen wettige wijze van zijn eigendomsrecht gebruik maakt, uit zijn eigendom drijft, om een ander

in diens plaats als zoodanig te doen optreden. Deze ontneming van eigendom kan zich over de geheele zaak uitstrekken, maar zij kan ook slechts ééne bevoegdheid van den eigenaar tot onderwerp hebben, als b. v. de eigenaar gedwongen wordt een servituut op zijn zaak toe te staan. Bij onteigening wordt in de organisatie van het eigendomsrecht geen verandering gemaakt; zij is geen daad van wetgevenden aard maar een daad van het uitvoerend gezag, waardoor dit in een door de wet beschermd en volkomen wettig uitgeoefend eigendomsrecht, ten nadeele van een bepaalden eigenaar, verandering komt brengen. Vandaar dat bij onteigening schadevergoeding moet gegeven worden, omdat het onrecht zou zijn het recht van een persoon op te offeren zonder het vermogensnadeel te herstellen. Van geheel anderen aard zijn de beperkingen, die de eigenaar zich ten algemeenen nutte moet getroosten. Hier wordt geen eigenaar, terwijl het objectieve recht ongedeerd gelaten wordt, uit zijn eigendom verdreven, opdat een ander in diens plaats als zoodanig kan optreden, maar het objectieve recht zelf wordt door de wetgevende macht veranderd. De macht die het objectieve recht, dat den eigendom tot nu toe beschermde, tot stand bracht, verandert dit thans, omdat de wijze waarop zij vroeger het recht van eigendom organiseerde in het publiek belang, thans

niet meer met dit belang overeenstemt. Terecht zegt Mr. OLIVIER in zijne »proeve over beperking van den eigendom door het politierecht": »beperking van recht is organisatie van recht of aanvulling, wijziging, verbetering van wat vroegere organisatie onafgedaan gelaten of verkeerd geregeld had." De wetgevende macht regelt het eigendomsrecht zooals het staatsbelang dit eischt, veranderen deze eischen, dan moet ook deze organisatie veranderen. De administratie die onteigent, komt tegen het geldende recht op en daarom bindt men haar aan de voorwaarde, dat zij dit niet kan doen, tenzij schadeloosstelling wordt betaald. De administratie, die de beperkende verordeningen uitvoert, komt gehoorzaamheid afdwingen aan het geldende recht en daarom is zij niet alleen bevoegd zonder schadeloosstelling op te ruimen wat daaraan in den weg staat, maar zelfs om de kosten daarvan op de weerspannigen te verhalen, zooals bijvoorbeeld is aangenomen in art. 180 Gemeentewet.

Het recht van onteigening wordt in de Grondwet van 1887 erkend in art. 151 en tevens met waarborgen tegen willekeurige handelingen der administratie omringd. Van beperking van eigendom krachtens politierecht werd vóor '87 in de Grondwet niet gesproken en dit was ook niet noodig, daar, zooals wij gezien hebben, beperking van eigendom niets is dan een nieuwe organisatie van

het eigendomsrecht en het vanzelf sprak dat de wetgevende macht daartoe volkomen bevoegd was. Was dus het recht tot beperking van den eigendom door het wetgevend gezag erkend, over de grenzen die dit hierbij in acht moest nemen was groot verschil van gevoelen, op grond van de woorden van art. 147 der Grondwet van 1848. Men was n. l. van oordeel, dat, als de beperking van eigendom zoover ging, dat alle genot voor den eigenaar onmogelijk werd, of het voorwerp van den eigendom door het openbaar gezag werd vernietigd, onteigening in den zin van art 147 der Grondwet plaats had.

Zoowel de woorden waarmee art. 147 der Grondwet van 1848 aanving »niemand kan van zijn eigendom worden ontzet", als de 3de alinea van genoemd artikel, waarbij voor de vernietiging van besmette goederen, zeer zeker een politiemaatregel, voorafgaande onteigening werd voorgeschreven, werkten dit misverstand in de hand. Men meende, dat beperking van eigendom en ontzetting van eigendom krachtens politierecht niet in graad maar in aard verschilden. Zoo zegt Mr. De Leao Laguna in zijn praeadvies voor de vergadering der Nederlandsche Juristenvereeniging van 1887, over het verschil tusschen ontzetting en beperking van den eigendom: »waar namelijk eerstgenoemde ophoudt te bestaan, is aan laatstgenoemde de haar toekomende plaats aangewezen. Mits de wetgever zich onthoude van

eenigen maatregel, die den eigenaar uit zijn eigendom ontzet in de ruime beteekenis, die een gezonde opvatting van het woord medebrengt, is hem op het overig gebied van eigendomsbeperking volkomen vrijheid van beweging toegestaan." Ik kan mij hiermee niet vereenigen, maar stem volkomen in met hetgeen Mr. LEVY hieromtrent zeide in de vergadering der Juristenvereeniging in 1887: »ik meen, dat de formule door den heer LAGUNA gegeven: »beperk zooveel gij wilt, mits gij niet ontzet", onjuist is, omdat zij identificeert twee begrippen, die feitelijk ineen vloeien, maar rechtens met elkander niets hebben uit te staan. Ontzetting uit den eigendom, die tot schadeloosstelling aanleiding geeft, onderstelt overgang van eigendom op iemand, ten bate van het algemeene nut. Die ontzetting gaat uit van het denkbeeld, dat de zaak deugdelijk, bruikbaar is, maar om redenen aan het algemeen belang ontleend een andere bestemming eischt. De eigendomsbeperking daarentegen gaat uit van het lijnrecht tegengesteld begrip. Zij zegt: uw eigendomsrecht of het gebruik, dat gij van uw eigendomsrecht maakt (hetgeen op hetzelfde neerkomt). is tegen de belangen waarvan de behartiging aan mij, Rijk, provincie, gemeente is opgedragen. Derhalve moet uw eigendomsrecht wijken voor het betere recht van de gemeenschap, zonder schadeloosstelling, op dien enkelen

grond. Zonder schadeloosstelling: omdat uw eigendomsrecht niet is anterieur aan de gemeenschap, maar gesubordonneerd aan den eisch van haar ongestoord voortbestaan (hetgeen met andere woorden is: de omschrijving van het algemeen belang). Op dien enkelen grond: omdat de belangen van de gemeenschap van hooger orde zijn dan de belangen van het individu. En die beperking (dit voeg ik er bij) moet kunnen gaan tot en met vernietiging. Niet alleen omdat de grenslijn niet te trekken is, omdat wij, zelfs door te trachten zoodanige grenslijn te trekken, van zelf zouden moeten komen in een ijdele casuistiek, maar bovenal omdat de hoogheid van de gemeenschapsbelangen dat eischt."

Was dus vóór 1887 het artikel 147 der Grondwet van '48 een voortdurende bron van misverstand, in '87 heeft men getracht de Grondwet in dit opzicht te verbeteren. De staatscommissie stelde voor art. 151 in dier voege te wijzigen, dat daaruit werd weggelaten wat er niet in behoorde, n. l. de woorden »bij besmetting en andere dringende omstandigheden". Zij stelde daarenboven, om goed te doen uitkomen dat art. 151 alleen betrekking had op onteigening waarbij eigendom werd overgedragen, een nieuw art. 152 voor luidende: »waar in het algemeen belang eigendom door het openbaar gezag moet worden vernietigd of onbruikbaar gemaakt, of de uitoefening van

het eigendomsrecht moet worden beperkt, geschiedt dit in de gevallen bij de wet aangewezen, niet dan tegen schadeloosstelling." Art. 151 werd overeenkomstig het ontwerp der commissie in de Grondwet gebracht, maar art. 152 werd door de regeering zoo gewijzigd, dat schadeloosstelling tot regel gemaakt werd. Natuurlijk dat toen de bepaling over beperking van eigendom moest vervallen, om de lagere wetgevende besturen niet te verhinderen den eigendom, zonder dezen te vernietigen, anders te organiseeren. Bovendien werd nu een additioneel artikel noodig om art. 152 buiten werking te stellen, totdat de wet komt, die bepaalt in welke gevallen geen schadeloosstelling noodig is. Maar al blijft art. 152 dus voorloopig buiten werking, zoo heeft het toch dit voordeel opgeleverd, dat men thans niet meer kan beweren, dat de woorden van art. 151 »niemand kan van zijn eigendom worden ontzet" — ook zien op ontzetting krachtens politierecht en ik kan mij volkomen vereenigen met hetgeen Prof. OPPENHEIM dienaangaande zegt in het rechtsgeleerd magazijn van 1887 pag. 516: »de beperkingsbevoegdheid kent geen andere grens dan die wordt getrokken door het instituut der onteigening ten algemeenen nutte, de bestuursdaad, die den gedwongen overgang beoogt van een bepaald stuk goed aan een bepaalden eigenaar behoorende, op hem of haar, die aan

het goed zal geven een bestemming in het publiek belang."

Beperking krachtens politierecht is, zooals ik boven zeide, een onderwerp van wetgevenden aard. Zoodanige beperkingen kunnen dus alleen worden vastgesteld door machten met wetgevend gezag bekleed, en dit zijn: de rijks-, provinciale-, gemeentelijke-, en waterschaps-wetgevende macht. Op de gemeentelijke wetgevende macht vooral rust de zware taak de perken vast te stellen, binnen welke de eigenaar zich bij de uitoefening van zijn recht moet houden, opdat niet de gewichtige belangen, wier verzorging haar vooral is toevertrouwd, als de openbare gezondheid, het veilig verkeer, de bouwpolitie enz. worden geschaad. Het spreekt van zelf dat de belangen, die de gemeente door haar politie-maatregelen wil beschermen, moeten zijn publieke belangen. Voor alles wat de gemeenten jure privato bezitten, staan zij gelijk met elken anderen eigenaar. Wordt haar als zoodanig leed, hinder of schade toegebracht, zij zullen gerechtigd zijn dezelfde rechtsmiddelen aan te wenden, welke iederen burger in zoodanig geval ten dienste staan, maar zij zullen niet bevoegd zijn als publiekrechtelijk lichaam andere eigenaars bij politie-verordening een gebruik of beschikking te verbieden, die haar als eigenaressen schaden of hinderen.

Hoever de gemeente-besturen bij hun beperking mogen

gaan, is een onderwerp van voortdurenden strijd. Naar aanleiding van eenige kwestie's om welke zich de strijd bewoog, zal ik deze macht der genoemde besturen meer van nabij beschouwen.

In 1889 werd de wettigheid eener gemeenteverordening betwist voor den Hoogen Raad. Een gemeenteraad had ter bevordering der openbare gezondheid bepaald, dat niemand faecaliën zonder vergunning van Burg. en Weth. op andere wijze mocht bewaren, verwijderen of doen verwijderen, dan door middel van tonnen. Een ingezetene, op grond van overtreding dezer bepaling vervolgd, daar hij de faecaliën in een sloot liet uitloopen, beriep zich voor den rechter op het feit, dat een erfdienstbaarheid hem hiertoe recht verleende, en verzocht daarom op grond van art. 6 van het Wetboek van strafvordering, schorsing der strafvervolging. Rechtbank en Hof weigerden dit verzoek en veroordeelden beklaagde. Tegen het vonnis van het Hof voorzag beklaagde zich in cassatie op grond van: »schending van de artt. 625, 730 en 744 van het B. W. daar het Hof beslist had, dat de door requirant beweerde verkrijging van een zichtbare en voortdurende erfdienstbaarheid door verjaring, geen geschilpunt van burgerlijk recht uitmaakt en er geen grond tot schorsing bestaat." Bij arrest van

25 Nov. 1889 (weekblad N°. 5805) deed de Hooge Raad uitspraak in deze zaak. Het arrest bevatte de volgende overwegingen:

O., dat, blijkens het beklaagde vonnis, vanwege den requirant een beroep is gedaan op een door verjaring verkregen zichtbare en voortdurende erfdienstbaarheid van uitloozing in de bij de dagvaarding bedoelde sloot, en op dien grond schorsing der rechtsvervolging is verzocht, doch dat het Hof dit verzoek heeft afgewezen op grond dat geen geschil van burgerlijk recht aanwezig was, omdat, al mocht zoodanige erfdienstbaarheid ten laste van een openbaar water der gemeente als de bedoelde sloot bestaanbaar zijn, »de uitoefening hiervan zou moeten wijken voor de bepalingen, die de gemeenteraad binnen den kring zijner bevoegdheid in het belang der volksgezondheid heeft noodig geacht vast te stellen; O. dat deze beslissing bij het derde middel van cassatie terecht wordt bestreden; O. toch dat tengevolge van verordeningen van de bevoegde macht uitgegaan, de uitoefening van een recht van erfdienstbaarheid evenals het eigendomsgebruik wel kan worden beperkt, maar evenmin als het eigendomsgebruik kan te niet gaan en dat dit laatste plaats heeft, waar datgene, waartoe de erfdienstbaarheid recht geeft, door een strafverordening wordt verboden, zij het dan ook dat de werken waardoor

van de erfdienstbaarheid blijkt, in stand worden gelaten.

De vroeger uitgesproken meening, dat men zich thans niet meer op het artikel der Grondwet betreffende onteigening kan beroepen, om de onwettigheid aan te nemen van verordeningen, die den eigenaar alle genot van zijn recht ontnemen, wordt hier bevestigd, daar in bovengenoemd arrest van art. 151 Grondwet niet gesproken wordt.

De Hooge Raad grondde thans de onwettigheid van dergelijke verordeningen op de artt. 625 en 730 en 744 van het B. W. Art. 730 en art. 744 vestigen de bevoegdheid een erfdienstbaarheid als waarvan hier sprake is, door verjaring te verkrijgen. Art. 625 erkent het recht van eigendom en omschrijft dit als: het recht om van een zaak het vrij genot te hebben, en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make strijdende tegen de openbare verordeningen daargesteld door zoodanige macht, die daartoe volgens de Grondwet de bevoegdheid heeft. De Hooge Raad neemt nu aan dat art. 625 wel toestaat het gebruik van den eigendom zeer te verminderen, maar niet om alle genot voor den eigenaar verloren te laten gaan. Naar analogie van deze bepaling meent het hoogste rechtscollege, dat men de uitoefening van een krachtens de artt. 730 en 744 B. W. verkregen erfdienstbaarheid wel zeer mag besnoeien, maar niet geheel ver-

hinderen. Mijns inziens maakt de Hooge Raad zich bij deze opvatting schuldig aan verwarring tusschen privaat- en publiekrecht. De artt. 625, 730 en 744 staan in het burgerlijk wetboek en zijn dus alleen toepasselijk op het gebied van het burgerlijk recht, dat is het recht dat van kracht is tusschen partijen, die als private personen tegenover elkaar staan. De genoemde artikelen waren toepasselijk geweest, als de requirant in casu gestaan had tegenover de gemeente in haar privaatrechtelijk karakter; niet, zooals nu het geval was, waar de gemeente als publiekrechtelijk lichaam tegenover requirant stond. De grenzen van de wetgevende macht der gemeentebesturen moet men zoeken in de wetten die publiek recht regelen, niet in het burgerlijk wetboek. Indien men aanneemt, dat het burgerlijk wetboek bijzonderen personen rechten verleent tegenover de gemeente als zoodanig, dan vervalt men in de fout waartegen Mr. OLIVIER waarschuwt op pag. 9 van zijn »proeve over beperking van den eigendom door het politierecht" waar hij zegt: »bindt men de tusschenkomst der politie aan de voorwaarde, dat geen bijzondere rechten en belangen gekrenkt worden, dan vormt men een publiek recht zamengesteld uit hetgeen het privaatrecht niet voor zich heeft in bezit genomen. Neemt men aan, dat het publiek recht alleen bij uitzondering en bijzondere vergunning de uit

het burgerlijk recht verkregene bevoegdheden mag beperken en inkrimpen, dan maakt men er een recht van, bestaande uit fragmenten van het burgerlijk recht." Ik kan mij volkomen vereenigen met de zienswijze, die de regeering van 1867 bij circulaire als de hare deed kennen: »dat de algemeene macht in art. 135 gemeentewet aan de gemeentebesturen toegekend, niet door art. 625 B. W. wordt beperkt."

Men heeft op grond van de woorden in art. 135 gemeentewet voorkomende: »openbare orde, openbare gezondheid" enz. wel getracht de meening ingang te doen vinden, dat gemeenteverordeningen alleen toepasselijk kunnen zijn op voor ieder toegankelijke plaatsen. Zoo werd in 1890 voor het kantongerecht te Heerenveen de wettigheid betwist eener verordening van de gemeente Haskerland, die verbood het laten liggen van een woonschip in de wateren in de gemeente gelegen. De kantonrechter weigerde deze verordening toe te passen, daar zij zijns inziens in strijd was met de wet, op grond dat de uitdrukking »de wateren in de gemeente," niet alleen omvat de openbare wateren tot gebruik van allen bestemd, maar ook de wateren aan particulieren toebehoorende, en overwoog vervolgens: »dat wel tot de bevoegdheid van een gemeenteraad behoort het liggen met een woonschip in een openbaar water als strijdig met het algemeen belang te verbieden,

doch dat, zonder bijkomende omstandigheden, het liggen met een woonschip in een particulier eigendom op zich zelf niet is in strijd met het openbaar belang, maar alleen een zaak tusschen den eigenaar van het water en den bewoner van het woonschip; dat dan ook uit de verordening niet blijkt, dat dit zoude zijn in strijd met de openbare orde, zedelijkheid en gezondheid, en derhalve door genoemde verordening de private eigendom, in strijd met de artt. 625 B. W. en 151 grondwet wordt aangetast en de gemeenteraad mitsdien zijne bevoegdheid heeft overschreden. De kwestie werd door het openbaar ministerie aan het oordeel van den Hoogen Raad onderworpen, die bij arrest van 27 Mei 1890 (weekbl. n°. 5882) uitspraak deed. Dit arrest bevatte de volgende overwegingen: O. dat bij deze verordening geen sprake is van ontzetting van eigendom en dus ook niet van schennis van art. 151 Grondwet; O. dat in art. 1 der gemelde verordening, voor zooverre daarbij het laten liggen van een woonschip ook in een particulier water is verboden, wel een beperking van het genot van den eigendom is gelegen, doch dat bij art. 625 B.W. zoodanige beperking is toegestaan door wetten en verordeningen samengesteld door zoodanige macht als daartoe volgens de Grondwet de bevoegdheid heeft; O. dat de gemeenteraad die bevoegdheid ontleent aan art. 135 Gemeentewet

waarbij hem is opgedragen verordeningen te maken, die hij in het belang der gemeente noodig acht; dat de verordening derhalve door een daartoe bevoegde macht is vastgesteld; vernietigt het vonnis van genoemden kantonrechter enz.

Ik kan mij met deze beslissing vereenigen al was het, zooals ik boven betoogde, niet noodig geweest te onderzoeken of art. 625 Burgerlijk Wetboek een dergelijke eigendomsbeperking veroorloofde. De kantonrechter was van oordeel dat het liggen van een woonschip in particulier water een zaak was die alleen den eigenaar van het water aanging en deze verbodsbepaling dus niet het publiek belang betrof, en zij daarom in strijd was met art. 135 Gemeentewet. Ten onrechte. Het aanwezig zijn in de gemeente van een armoedige vlottende bevolking bedreigt niet alleen de veiligheid van den eigenaar van het water en zijne gezondheid, maar die van alle burgers. De Hooge Raad bleef bij dit arrest getrouw aan de leer, aangenomen bij zijn arrest van 5 Maart 1883, waarbij werd beslist, dat de gemeenteraad bepalingen mag vaststellen omtrent het bouwen op privaat terrein, en zijn arrest van 11 Oct. 1886 waarbij een gemeenteverordening wettig werd geoordeeld, die verbood het verzamelen en bewaren van meststoffen op privaat terrein.

De wettigheid eener verordening der gemeente H., werd in 1892 voor den Hoogen Raad betwist. De gemeente H. had in hare bouwverordening bepaald, dat niemand een nieuw, grootendeels vernieuwd, of tot dusver niet tot woning ingericht gebouw, mocht bewonen of laten bewonen, voordat burgemeester en wethouders zich hadden verzekerd of bij dat bouwen de bepalingen der verordening waren nageleefd. Een ingezeten, op grond van overtreding dezer bepaling veroordeeld, voorzag zich in cassatie bij den Hoogen Raad, op grond van »schending en verkeerde toepassing van het voornoemd artikel der verordening der gemeente H., in verband met de artt. 149 en 150 der Grondwet en art. 44 der wet op de rechterlijke organisatie en het beleid der justitie, omdat bij de beklaagde vonnissen art. 115 j° 125 der voornoemde politieverordening is verbindend geacht, hoewel daarbij het oordeel over de nakoming van die bepalingen, is toegekend aan burgemeester en wethouders in stede van aan den bevoegden rechter.

De Hooge Raad verwierp bij arrest van 22 Febr. 1892 (weekbl. n° 6160) dit cassatieberoep en overwoog daarbij het volgende: O., dat de vraag of art. 116 der voormelde verordening houdende bepaling dat al wie een gebouw bewoont in strijd met art. 115 der verordening dit moet ontruimen binnen den door burgemeester en wethouders te

bepalen tijd, verder gaat dan art. 180 Gemeentewet toelaat, gelijk bij de nadere toelichting van dit middel in de memorie van cassatie wordt beweerd, is buiten dit geding; O. dat voorts art. 115 der verordening aan Burg. en Weth. geen macht of bevoegdheid opdraagt, die bij uitsluiting zoude toekomen aan den rechter, maar alleen voorschrijft een maatregel strekkende om te voorkomen, dat huizen gebouwd herbouwd of nieuw ingericht, in strijd met de voorschriften van het 9de hoofdstuk der verordening, worden bewoond, terwijl, indien blijkt dat werkelijk die voorschriften of een of meer daarvan zijn overtreden, de rechter van die overtredingen kennis neemt ter toepassing van de in art. 125 der verordening daarop gestelde straf."

Ook ik kan in deze gemeenteverordening geen schending van genoemde artikelen zien.

De artt. 149 en 150 Grondwet en 44 R. O. schrijven alleen voor, dat de burgers slechts kunnen worden gevonnist door de rechterlijke macht. Had nu de gemeenteraad Burg. en Weth. de bevoegdheid gegeven burgers te vonnissen? Immers neen. Hij had, ten einde een goede uitvoering zijner bepalingen te verzekeren, bepaald dat geen huis mocht worden bewoond, wanneer niet de bepalingen der verordening bij den bouw waren in acht genomen. Aan wie zou hij het oordeel daarover

anders kunnen opdragen dan aan het college met de uitvoering der verordeningen belast? Te eerder was deze opdracht de natuurlijke, daar art. 179b Gemeentewet zegt, dat de beslissing van alle geschillen die naar aanleiding der uitvoering der verordeningen rijzen, berust bij burgemeester en wethouders.

De groote opofferingen, die vele groote gemeenten zich hebben moeten getroosten om in dichtbevolkte buurten voldoende verkeerswegen aan te leggen, hebben haar naar een middel doen zoeken in het vervolg dergelijke opofferingen te voorkomen. Dit middel bestaat hierin: zij bepalen, dat op de terreinen om de stad gelegen en die dus het eerst voor bebouwing in aanmerking komen, niemand gebouwen mag stellen op de voor openbare wegen en pleinen bestemde gronden. Worden deze om de stad gelegen terreinen dan bebouwd, dan wordt eene voldoende ruimte opengelaten om een openbaren weg te maken. Alvorens de openbare weg en de pleinen vervolgens kunnen worden aangelegd, moet de gemeente den open gelaten grond, die natuurlijk van zeer weinig waarde is daar er toch niet op gebouwd mag worden, in eigendom krijgen, hetzij door overdracht in der minne, hetzij door onteigening krachtens de wet van 28 Aug. 1851 Stbl. 125. Is het dus voor de gemeentebesturen op deze wijze weinig

kostbaar voor goede wegen te zorgen, te betreuren is het dat, op eene enkele uitzondering na, de wettigheid van zoodanige verordeningen steeds is ontkend.

In 1889 werd voor het eerst de vraag der wettigheid aan de koninklijke beslissing onderworpen, en bij koninklijk besluit van 8 April van dat jaar Stbl. N°. 36 beslist dat zoodanige verordening in strijd was met de wet. Genoemd besluit grondde deze beslissing op de volgende overweging:

O., dat gezegde verordening, die het bouwen verbiedt op gronden aan bijzondere personen toebehoorende en tot bijzonder gebruik bestemd, en die nog geen wegen zijn maar slechts waarschijnlijk eens wegen zullen worden, niet betreft de huishouding der gemeente, noch het belang der openbare orde, veiligheid of gezondheid en dus is in strijd met de wet.

Op grond van dezelfde overweging vernietigde een koninklijk besluit van 10 April 1893 Stbl. N°. 73, de bepaling uit de Utrechtsche bouwverordening, die eveneens het bouwen op geprojecteerde wegen verbood.

De regeering was dus van oordeel dat deze bepaling niet zou zijn in overeenstemming met art. 135 der gemeentewet. Ik kan mij met deze zienswijze niet vereenigen. De gemeenteraad heeft in het belang van een veilig verkeer en van de openbare gezondheid, te

zorgen voor ruime straten en pleinen. Indien de stad, zooals was te voorzien, zich uitbreidde, was het zeer waarschijnlijk, dat de bouwondernemers zooveel mogelijk van hun grond zouden willen profiteeren en daarom de huizen zoo dicht mogelijk ineen zouden plaatsen. Het tot stand komen van goede openbare wegen zou dan, wegens de hooge kosten van de onteigening der benoodigde huizen, onmogelijk worden. Kan men nu zeggen dat de gemeente buiten haar gebied gaat door vroegtijdig te zorgen, dat het tot stand komen van goede wegen niet wordt onmogelijk gemaakt? De verordening kon hare werking niet beginnen, voordat op het voor openbaren weg bestemde terrein zou gebouwd worden, en op datzelfde oogenblik reeds werd het gemeentebelang in gevaar gebracht.

Een andere reden voor de onwettigheid van dergelijke verordeningen voert een missive van den minister van Binnenlandsche zaken van 1890 aan, dat n. l. zoodanige bepaling geen verordening zou zijn, maar een beschikking over eens anders goed, ten einde daarvan de bestemming te veranderen. Ik begrijp niet hoe men aan een zoodanige algemeen werkende bepaling het karakter van verordening kan ontzeggen. De raad verbiedt in het algemeen het bouwen op geprojecteerde wegen, zonder daarbij het oog te hebben op bepaalde personen. Ieder,

die grond heeft waarover zoodanige wegen moeten loopen, wordt in zijne bevoegdheid beperkt. Welke personen daardoor getroffen worden, degeen die op dit oogenblik eigenaar is of degeen die later het land voor bouwterrein aankoopt, is den raad onverschillig; als eigenaars van de bedoelde perceelen moeten zij zich de beperking in het algemeen belang getroosten. Bovendien wordt door de verordening de bestemming van den eigenaar inderdaad niet veranderd. De verordening verbiedt den eigenaar alleen een zekere voor het publiek belang schadelijke bestemming aan zijn eigendom te geven. Hij mag alles op zijn eigendom doen, behalve bouwen. De bestemming van den eigenaar wordt eerst veranderd, indien zijn eigendom inderdaad openbare weg wordt en daarvan is nu nog geen sprake. De regeering van 1885 weigerde dan ook een verordening te vernietigen, die het verbod inhield getimmerten van welken aard ook te bouwen op de geprojecteerde wegen, aangeduid op de bij dat besluit behoorende, behoorlijk gewaarmerkte kaarten, en mijns inziens was deze weigering volkomen gegrond.

Gedeputeerde Staten van Noord-Holland, die genoemde bepaling ter vernietiging hadden voorgedragen, zagen in haar, »veeleer onteigening dan bloote beperking van den eigendom." Het is duidelijk, dat van onteigening

bij deze verordening geen sprake kon zijn. Alleen dan zou onteigening plaats hebben, indien de eigenaar niet alleen gedwongen werd op de geprojecteerde wegen niet te bouwen, maar om de daarvoor benoodigde terreinen aan de gemeente af te staan en daarvan was hier geen sprake. Wordt de verordening, die het uitbreidingsplan vaststelde, om de een of andere reden weder ingetrokken, dan krijgt de eigenaar het onbeperkt genot van zijn eigendom terug, en mag op zijn grond weer bouwen en timmeren.

Een enkel gemeentebestuur, nog niet tevreden met deze weinig kostbare manier zich voor het vervolg voldoende openbare wegen te verzekeren, is nog verder gegaan, door het verkrijgen van het door de verordening vereischte verlof om te bouwen, afhankelijk te stellen van de voorwaarde, dat de eigenaar kosteloos een gedeelte van zijn perceel voor openbaren weg aan de gemeente afstaat. Mijns inziens ging het gemeentebestuur hier zijne wettelijke bevoegdheid te buiten, daar het door zijn besluit den eigenaar wilde dwingen zich den afstand ten behoeve der gemeente van zijn perceel te laten welgevallen, en daarmede inderdaad het terrein der onteigening wordt betreden, die alleen geschieden kan op de wijze en onder de waarborgen in art. 151 der Grondwet vermeld.

De gevolgtrekking, die de opmerkingen in dit laatste hoofdstuk neergelegd, mij in de pen geeft, is deze, dat de grens die aan de gemeentebesturen is gesteld bij het beperken, of beter gezegd organiseeren van den eigendom, in onze positieve wetgeving niet is getrokken; dat bepalingen aan het privaatrecht ontleend, geen argumenten kunnen opleveren voor betoogen die de strekking hebben deze grenzen aan te wijzen; dat ten slotte »het belang der huishouding van de gemeente" zooals dit in eersten aanleg door de gemeenteraden, in laatste instantie door de kroon eenerzijds, door de rechterlijke macht anderzijds wordt opgevat, de grens bepaalt, en dat bij het beoordeelen van deze grens door de controleerende macht behoort te worden uitgegaan van deze, in de Grondwet van 1887 zeer bepaald neergelegde gedachte, dat de »beperking" — uitdrukking niet van de wet maar van de wetenschap — ook vernietiging en onbruikbaarmaking van eigendom krachtens de gemeenteverordening gedoogt.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

In art. 153 Gemeentewet omvatten de woorden »plaatselijke verordeningen" alleen die verordeningen, welke de gemeenteraad maakt voor de eigen huishouding, niet ook die voor de uitvoering van rijkswetten.

II.

De Staten-Generaal hebben niet het recht bij de begrooting eene uitgaaf te weigeren, geboden door eene reeds bestaande wet.

III.

Terecht is bij de Grondwetsherziening van 1887 het recht tot oorlogsverklaring aan den koning gelaten

IV.

Degeen die, als bloedverwant opgeroepen om te worden gehoord over een te benoemen voogd, door een gemachtigde verschijnt en tot voogd benoemd wordt tijdens de aanwezigheid van zijn lasthebber, wordt voor den termijn van art. 435 B. W. niet geacht bij die benoeming tegenwoordig te zijn geweest.

V.

Verkoop van onroerend goed door den eersten hypotheekhouder krachtens art. 1223 al. 2 B. W. is geen willige verkooping in den zin van de artt. 1254 en 1255.

VI.

Art. 1273 B. W. heeft ook betrekking op de wederkeerige overeenkomsten.

VII.

Afschaffing van de artt. 1933 en 1934 B. W. is gewenscht.

VIII.

De trekker van een wissel aan eigen order, welke na uitgifte weer in diens handen is gekomen, heeft, wanneer deze wissel van non-betaling wordt geprotesteerd, tegen den acceptant de actie van art. 144 W. v. K.

IX.

In art. 489 W. v. K. moet onder »rechter'' niet de president, maar de rechtbank verstaan worden.

ERRATA.

Blz. 74, Stelling VI, staat: wederkeerige overeenkomst,
moet zijn: wederzijdsche verbintenissen.

XI.

Het revindicatoir beslag komt niet toe aan hem die als verkooper een reclame wil uitoefenen.

XII.

Poging met een absoluut ondeugdelijk middel is volgens het Nederlandsche strafwetboek niet strafbaar.

XIII.

Ten onrechte besliste de rechtbank te Breda bij vonnis van 4 Febr. 1892 (Paleis v. Just. n°. 19), dat in het strafwetboek de uitdrukking »opzettelijk wederrechtelijk" en de uitdrukking »opzettelijk en wederrechtelijk" als synoniem in verschillende artikelen geheel willekeurig door elkaar zijn gebruikt.

XIV.

Naar ons wetboek van strafvordering mag de voorloopig aangehoudene geen verstek laten gaan.

XV.

Onjuist is de meening van hen, die onder de zoogenaamde fructus percipiendi, die jure romano de malae fidei possessor te verantwoorden heeft, verstaan de vruchten waarvan de inzameling verzuimd is. Het zijn veeleer de vruchten, die getrokken hadden kunnen worden.

XVI.

Landnationalisatie zal de productie van den grond niet doen stijgen.





